



**ע"פ 1454/15 - המערער בע"פ 1454/15, פלוני, המערער בע"פ
1067/15: פלוני נגד המשיבה 1 בע"פ 1067/15 ובע"פ
1454/15: מדינת ישראל, המשיבה 2 בע"פ 1067/15 ובע"פ
1454/15: ז.ב.**

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 1454/15

ע"פ 1067/15

לפני:

כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופט א' שהם

המערער בע"פ 1454/15: פלוני

המערער בע"פ 1067/15: פלוני

נ ג ד

המשיבה 1 בע"פ 1067/15
ובע"פ 1454/15: מדינת ישראל
המשיבה 2 בע"פ 1067/15
ובע"פ 1454/15: ז.ב (אין הופעה)

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד
בשבתו כבית משפט לנוער, מיום 13.1.2015, בתפ"ח
11884-04-14, שניתן על ידי כב' השופטים מ'
פינקלשטיין, סג"נ; ל' ברודי; ר' אמיר



תאריך הישיבה: י"ג באב התשע"ה (29.7.2015)

בשם המערער בע"פ 1454/15: עו"ד ניל סיימון

בשם המערער בע"פ 1067/15: עו"ד אבי כהן

בשם המשיבות: עו"ד ארז בן-ארויה

בשם שירות המבחן לנוער: גב' דורית לבנה

פסק-דין

השופט א' שהם:

1. זהו ערעור על חומרת העונש שנגזר על המערערים, שהינם קטינים, בבית המשפט המחוזי מרכז-לוד, בשבתו כבית משפט לנוער, בתפ"ח 11884-04-14 (כב' הרכב השופטים: מ' פינקלשטיין – סג"נ; ל' ברודי; ו-ר' אמיר).

2. המערערים הורשעו, על פי הודאתם, בעבירה של אינוס בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 345(ב)(5) ביחד עם סעיף 29(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

ביום 13.1.2015, נגזר דינם של המערערים. בית משפט קמא גזר על הקטין צ'ז. (המערער בע"פ 1454/15, יליד 1998) (להלן: המערער 1) 32 חודשי מאסר לריצוי בפועל שתחילתם ביום 31.3.2014. על הקטין א.ש. (המערער בע"פ 1067/15, יליד 1996) (להלן: המערער 2) נגזרו 40 חודשי מאסר לריצוי בפועל שמנינם מיום 30.3.2014. כמו כן, הושתו על שני המערערים עונשי מאסר מותנים כדלקמן: 12 חודשי מאסר על תנאי, לבל יעברו המערערים, בתוך 3 שנים מיום שחרורם מהמאסר, עבירת פשע לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, ועבירת אלימות מסוג פשע; 6 חודשי מאסר על תנאי, לבל יעברו המערערים, בתוך 3 שנים מיום שחרורם מהמאסר, עבירת עוון לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, וכן עבירת אלימות מסוג עוון. בנוסף, חויב כל אחד מהמערערים בתשלום פיצויים למתלוננת בסכום של 30,000 ₪.

הערעור שלפנינו נסב על חומרת עונש המאסר ועל עצם חיובם של המערערים בפיצויים.

עובדות כתב האישום שהוגש נגד המערערים

3. מכתב האישום המתוקן, שהוגש נגד המערערים במסגרת הסדר טיעון, עולה כי ביום 20.3.2014, בסמוך לשעה 19:40, עמוד 2



הגיעה ז.ב., ילידת 1994 (להלן: המתלוננת) ל"אולמי בראשית" בעיר ראשון לציון (להלן: אולם האירועים), על מנת להשתתף באירוע משפחתי שנערך במקום. לקראת חצות הלילה, יצאה המתלוננת מאולם האירועים ושהתה מחוצה לו עם אנשים שזהותם אינה ידועה למאשימה. נטען בכתב האישום, כי בין השעות 02:20-04:00 או בסמוך לכך, בנסיבות שאינן ידועות במדויק למאשימה, הובילו המערערים ואדם נוסף שזהותו אינה ידועה (להלן: האחר), את המתלוננת מעבר לגשר להולכי רגל, אל חורשה בסמוך לאולם האירועים. בהגיעם לחורשה, אחזו המערערים והאחר בזרועותיה של המתלוננת והפילו אותה אל הקרקע. אחד מהשלושה אחז בכתפיה של המתלוננת, בעודה שוכבת על הקרקע, כאשר שני האחרים הורידו לה את הגרביון והחצאית. בשלב כלשהו, הצליחה המתלוננת להשתחרר מאחיזתם של המערערים ושל האחר והחלה לברוח, אך השלושה דלקו אחריה ותפסו אותה. לאחר זאת, לקחו אותה השלושה לחלק אחר של החורשה, שם הפשילו את תחתוניה. בהמשך, פיסק המערער 1 את רגליה של המתלוננת, נשכב מעליה וניסה להחדיר את איבר מינו לאיבר מינה "בעודה מתחננת כי יחדל ממעשיו ולוחשת באוזנו 'בבקשה חיים שלי תציל אותי ותוציא אותי מפה'". ואולם, המערער 1 לא חדל ממעשיו ואמר לה "תשתקי ותכניסי את זה", כשכוונתו לאיבר מינו. עקב מעשיו של המערער 1, המתלוננת צעקה מכאב, בעוד שני האחרים עומדים וצופים בנעשה. בשלב זה נטל המערער 2 שקית ניילון שהיתה במקום והחל לאונן לתוכה.

מסע הייסורים של המתלוננת נמשך, כאשר האחר נשכב מעליה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. בהמשך, הצליחה המתלוננת להשתחרר מאחיזתו של האחר והחלה לברוח בשנית, אך גם הפעם הצליחו השלושה לתפוס אותה, וכמתואר בכתב האישום, הם "הרימו אותה ולקחו אותה לחלק אחר של החורשה, שם דחפו אותה [המערערים] והאחר אל הקרקע". לאחר זאת, המערער 2 כרע אל עבר המתלוננת, פיסק את רגליה והחדיר את איבר מינו לאיבר מינה. בשלב זה, דחפה המתלוננת את המערער 2, תפסה את אשכיו של האחר, אשר ישב לצידה "ונמלטה מהמקום כשלגופה חזייה וגופיה בלבד". המערערים החלו לדלוך אחריה, אך המתלוננת הצליחה להגיע אל כביש סמוך "ורצה אל תוך תנועת כלי הרכב, ותוך כדי כך כמעט נדרסה על ידי משאית שחלפה במקום". המערערים קראו למתלוננת שתחזור אליהם, אך היא הוסיפה לעמוד עירומה במרכז הכביש "כשהיא מתייפחת וצועקת לעזרה". עוברי אורח אשר הבחינו בנעשה, החלו לדלוך אחרי המערערים והאחר, אך השלושה הצליחו להימלט מהמקום. נטען בכתב האישום כי "בנסיבות האמורות לעיל בעלו [המערערים] את המתלוננת שלא בהסכמתה החופשית, בצוותא חדא, לאחר שחברו יחד לביצוע האונס".

גזר דינו של בית משפט קמא

4. בפתח גזר הדין ציין בית משפט קמא, כי כתב האישום המתוקן הוגש לאחר "הליך גישור שיפוטי", שבמסגרתו הוסכם כי המאשימה תבקש להטיל על המערער 1 עונש "ראוי" של 32 חודשי מאסר, ואילו על המערער 2 יוטל עונש "ראוי" של 40 חודשי מאסר, בניכוי תקופת המעצר. ההגנה תוכל לטעון לעונש כראות עיניה. עוד הוסכם, כי המאשימה לא תבקש כי המערערים יחוייבו בתשלום פיצויים למתלוננת.

5. לאחר זאת, עמד בית משפט קמא על האמור בתסקירי מבחן שהוגשו בעניינם של המערערים. בתסקיר אודות המערער 1



נאמר, כי המדובר בקטין כבן 16.5 שנים, אשר עלה לישראל עם משפחתו מאתיופיה, בהיותו כבן 3 שנים. המערער 1 שולב במערכת החינוך בעיר ראשון לציון, עד שהפסיק ללמוד לפני כשנתיים. לאחר שנטש את ספסל הלימודים, החל המערער 1 להתדרדר לפלילים. הוא הופנה אל שירותי הרווחה, אך הוא התקשה לשתף פעולה כנדרש. המערער 1 נעצר פעמים אחדות בגין פעילות פלילית, אך הוא התקשה לקבל אחריות על העבירות שביצע. בין השאר, התכחש המערער 1 לבעייתיות שבהתנהגותו, ולהתמכרותו לאלכוהול. המערער 1 סירב לכל קשר טיפולי או להשמה במסגרת חוץ ביתית, ובכל המקרים הקודמים הוא ביקש לסיים את משפטו ולרצות את עונשו. שירות המבחן התרשם כי קיים קושי אצל המערער 1 להבין את מצבו, הגם שבפגישה נוספת עמו הוא החל לשתף פעולה ולבטא שאיפות נורמטיביות לגבי עתידו, ואף ביטא נכונות לעבור תהליך טיפולי. נבחנה האפשרות להפנות את המערער 1 למעון "מלכישוע", אך הוחלט שלא לעשות כן, נוכח חומרת העבירה שביצע ונוכח ההערכה כי הוא אינו בשל דיו לטיפול במסגרת זו. צוין בתסקיר, כי המערער 1 הסתגל היטב לשהייתו בכלא "אופק", אם כי הוא לא עבר בכלא כל תהליך טיפולי. להתרשמות שירות המבחן, למערער 1 רמת תובנה נמוכה לגבי מצבו ואין הוא מנצל את תקופת כליאתו לשיקום חייו ולקידום מצבו. בנסיבות אלה, לא היה באפשרותו של שירות המבחן לבוא בהמלצה טיפולית לגביו. אשר לעברו הפלילי של המערער 1, ציין בית משפט קמא כי הוא הורשע לפני ביצוע העבירה דנן בבית משפט השלום בראשון לציון בעבירות של אימים, הפרעה לשוטר במילוי תפקידו, וניסיון לחבלה במזיד ברכב. המערער 1 צירף ארבעה תיקים קודמים שעניינם עבירות רכוש, תקיפת שוטר, אימים, והפרת הוראה חוקית. המערער 1 נדון בגין עבירות אלה, בין היתר, לעונש מאסר בפועל בן שלושה חודשים ושבעים.

6. מהתסקיר בעניינו של המערער 2 עולה, כי הוא כבן 18 שנה. המערער 2 עלה מאתיופיה לפני כעשר שנים, כאשר הוריו, שהתגרשו עוד באתיופיה, עלו ארצה בנפרד. בעת שהותו של המערער 2 במערכת החינוכית בראשון לציון היה תפקודו לקוי, והוא הביע את רצונו להשתלב במסגרת פנימייתית. במסגרת הליך מעצר בתיק קודם הופנה המערער 2 לפנימיית "נירים" שם נקלט בחודש ספטמבר 2012, אך מהדיווחים אודות תפקודו עולה כי הוא מתקשה בקבלת גבולות וסמכות. ועוד עלה מהדיווחים שהתקבלו, כי הוא משתמש בסמים ובאלכוהול. בחודש מאי 2013, כשנמשכו הבעיות בתפקודו של המערער 2, לרבות התמכרותו לאלכוהול, הוא הופנה למרכז הגמילה "ליפתא", אך הוא סירב להמשיך בהליך הקליטה, שהחל בו. מאז, חזר המערער 2 לביתו ועבד בעבודות מזדמנות. בפגישותיו עם קציני המבחן, התכחש המערער 2 לבעיית ההתמכרות הקשה שלו. הוא סיפר כי עבד באופן מסודר בחוף הים בראשון לציון, בסידור כסאות, לשביעות רצון מעבידו, וכי הפחית משמעותית את כמות האלכוהול שצרך, וחדל לחלוטין משימוש בסמים. שירות המבחן התרשם כי לאורך כל הקשר עם המערער 2, חלו תנודות ברמת שיתוף הפעולה שלו עם קציני השירות, כאשר המערער 2 אינו מכיר בחומרת מצבו וצרכיו. מפגישות שנערכו עמו בכלא "אופק" ובכלא "איילון", עולה כי הוא השתלב במתקני הכליאה באופן תקין, וכי הוא מצוי בקשר טוב עם אמו ואחיו. כמו כן, מצוי המערער 2 בקשר טלפוני עם חברים משכונת מגוריו, תוך שהודגש על-ידו כי הפעם מדובר בקשר עם חברים חיוביים. נאמר בתסקיר, כי המערער 2 מביע, אמנם, מוטיבציה לבניית מסלול חיים נורמטיבי לאחר שיסיים את תקופת כליאתו הצפויה, אך עדיין קיימים מספר גורמי סיכון במצבו, ובהם שימוש לרעה באלכוהול ואי קבלת אחריות מלאה על העבירה החמורה שביצע. אף כאן, נמנע שירות המבחן מהמלצה טיפולית בעניינו של המערער 2. אשר לעברו הפלילי של המערער 2, עולה מהרישום הפלילי כי הוא הורשע, בחודש ספטמבר 2014, בבית משפט השלום בראשון לציון, בעבירות של תקיפה וחבלה של ממש בחבורה, וכן דרישת רכוש באימים. המערער 2 צירף ארבעה תיקים שעניינם עבירות של תקיפת עובד ציבור, הפרעה לשוטר במילוי תפקידו, אימים, והפרת הוראה חוקית, ונדון, בין השאר, לעונש מאסר בפועל בן 5 חודשים.

7. יצוין, כי בית משפט קמא ביקש לברר עם המערערים האם הם עומדים מאחורי הודאתם באשמה, מאחר שעיון בתסקיריהם



העלה כי הם התכחשו להודייתם וטענו כי יחסי המין עם המתלוננת היו בהסכמה. בדיון שהתקיים ביום 29.12.2014, אשר נועד לטיעונים לעונש, מסר כל אחד מהמערערים "כי הוא מודה במעשים המיוחסים לו ולוקח אחריות על כך". המערער 1 הדגיש, כי הוא מבין שעשה מעשה אסור, ואילו סנגורו הבהיר כי דבריו לקצינת המבחן נבעו מכך שהוא נכנס שם "לפינות אישיות". המערער 2 הדגיש, כי הוא חשב על הדברים, והוסיף כי הודייתו בבית משפט קמא נעשתה "בשלמות".

8. לאחר זאת, סקר בית משפט קמא את האמור בתסקיר קורבן העבירה שהוכן בעניינה של המתלוננת. מהתסקיר עולה כי המתלוננת נפגעה קשות, במישורים שונים בחייה, כתוצאה מהאונס הטראומטי שעברה. המתלוננת היא כבת 20, רווקה, ילידת אתיופיה, אשר עלתה ארצה עם משפחתה בהיותה כבת 13 שנים. היא תוארה בתסקיר כבחורה רגישה ואינטליגנטית, אשר מצויה כיום במצב נפשי "עדין ושברירי" וסובלת מתסמינים של פוסט-טראומה, בעקבות האונס. המתלוננת עסוקה בהישרדות ובהתמודדות מתמדת עם החרדות המציפות אותה. המתלוננת החלה לשרת במסגרת השירות הלאומי והתגוררה בפתח תקווה, כאשר עד לאירוע האונס היא תיארה את עצמה כבעלת שמחת חיים. למתלוננת זכרון חלקי בלבד לגבי הנסיבות שהובילו להתעללות המינית בה, והיא חשה תחושות אשם בשל כך שנענתה לבקשת אחותה להשתתף באותו אירוע משפחתי, ועל כך שלא הצליחה להימלט מידי האנסים. העובדה שרק שניים מתוך שלושת העבריינים נותנים את הדין, אינה נותנת מנוח למתלוננת שכן היא מודעת לכך שקיים אנס נוסף שלא אותר, והדבר ממלא אותה חרדה. המתלוננת חוששת לפגוש את המערערים ומסיבה זו לא נערך ביניהם עימות, במהלך החקירה. עוד נאמר בתסקיר, כי נפגעה יכולתה של המתלוננת לפתח קשרים חברתיים בכלל, וזוגיים בפרט. כותבת התסקיר סבורה כי ההתעללות הקשה שעברה המתלוננת "חצתה את חיייה לשניים" וקטעה באופן אכזרי את האמון שלה בעצמה, ובעולם, כמקום בטוח. בזכות היותה של המתלוננת בעלת כוחות בסיסיים טובים, יש לקוות כי היא תשתקם "אם כי ברור שעל המתלוננת להתמסר לתהליך שיקום ארוך וקשה".

9. בבואו לגזור את עונשם של המערערים, ציין בית משפט קמא כי מדובר בעבירת אינוס קשה ואכזרית ביותר בנסיבותיה. המדובר באינוס על-ידי שלושה זרים שתקפו בחורה צעירה בלילה, לאחר שחברו יחדיו כדי להתעלל במתלוננת; המעשים נעשו בכוח; במשך זמן לא קצר; ולכך יש לצרף את ניסיונותיה החוזרים ונשנים של המתלוננת לברוח, את תחנוניה על נפשה, ואת השלב האחרון "המצמרר" שבו נמלטה המתלוננת לכביש כשהיא לבושה בחזייה וגופייה בלבד, "עד שכמעט נדרסה על ידי משאית נוסעת". בית משפט קמא הבהיר כי אלמלא הסדר הטיעון היה מקום לגזור על המערערים עונש מאסר לתקופה ממושכת הרבה יותר, ובנסיבות אלה אין כל מקום להטיל עונש מתחת לרף שאליו כיוונה התביעה במסגרת הסדר הטיעון. בית משפט קמא הוסיף וקבע, כי המערערים אשר לא גילו חמלה כלפי המתלוננת הצעירה, וביצעו את זממם באכזריות, אינם ראויים לגילוי חמלה נוספים מצד בית המשפט בעת הטלת העונש, כפי שביקשו סנגוריהם. עוד צוין, כי בתסקירי שירות המבחן אין כל המלצה שיקומית, כך שגם שיקולי השיקום אינם עומדים למערערים, בבקשתם להקלה בעונש. אשר לטענה כי המערערים היו שתויים בעת ביצוע האונס, ציין בית משפט קמא כי גם אם הם שתו משקאות אלכוהוליים באותו ערב "אין בכך כלל כדי לשמש כגורם מקל לגבי העונש המוטל. אדרבה". לקולה התחשב בית משפט קמא בהודייתם של המערערים באשמה שיוחסה להם "גם אם התחכמו השניים וחזרו בהם מלקיחת האחריות בשלב מסוים"; בגילם הצעיר; בנסיבותיהם האישיות והמשפחתיות הלא קלות; ובעיקר בכך שהם "חסכו" את עדותה של המתלוננת, דבר שהיה עלול להחזירה "לטראומה הנוראה שעברה". עם זאת, ציין בית משפט קמא כי התחשבות בשיקולים אלה, אין בה כדי להביא לכך שעל המערערים "יוטל עונש מאסר הקצר יותר מהעונש 'הראוי' שננקב על ידי המאשימה, במסגרת הסדר הטיעון".



10. אשר לנושא הפיצויים, המאשימה הודיעה לבית משפט קמא כי לא תבקש לחייב את המערערים בפיצויים למתלוננת, כחלק מהסדר הטיעון. באי כוח המערערים הבהירו כי נושא הפיצויים עלה במפורש בפגישה ממושכת שהתקיימה בפרקליטות "וכן בהליכי הגישור הארוכים בתיק זה", וסוכם בין הצדדים כי בית המשפט לא יתבקש לחייב את המערערים בפיצויים. זאת, הן בשל קטינותם של המערערים והן בשל מצבם המשפחתי הקשה של כל אחד מהם. לאחר ששמע את דברי באי כוח הצדדים בנושא הפיצויים, קבע בית משפט קמא, כי גם אם יש לראות בהימנעותה של המאשימה מלבקש חיוב כזה כחלק מהסדר הטיעון, יש מקום, בנסיבות מקרה זה, לחייב את המערערים בפיצויים גם אם בסכום מופחת. זאת, הן בשל מעשיהם החמורים במיוחד של המערערים ופגיעתם הקשה במתלוננת, והן בשים לב לעונשי המאסר הקלים יחסית, עליהם הוסכם במסגרת הסדר הטיעון. לאור האמור, חוייבו המערערים בתשלום פיצויים למתלוננת בסכום של 30,000 ₪ כל אחד. כמו כן, נגזרו על המערערים העונשים המפורטים בפסקה 2 לעיל.

הערעורים

11. בהודעת ערעור שהוגשה על-ידי עו"ד ניל סיימון, בא כוחו של המערער 1, נטען כי שגה בית משפט קמא שעה שהשית על המערער את העונש המירבי לו עתרה המאשימה (32 חודשי מאסר בפועל), וכן בכך שהוטלו עליו שני מאסרים מותנים ממושכים. עוד נטען, כי בית משפט קמא לא נתן משקל ראוי לגילו הצעיר ולנסיבותיו האישיות הקשות של המערער 1, כמו גם לעובדה כי הוא הודה באשמה "וחסך את עדותה של המתלוננת". אשר לסכום הפיצויים שנפסק לזכותה של המתלוננת נטען, כי טעה בית משפט קמא כאשר חרג מהסדר הטיעון, שהושג במאמצים רבים ולאחר ישיבות גישור ארוכות. במסגרת הגישור הוסכם "כי לא יהיה רכיב עונשי של פיצוי למתלוננת". נטען בנוסף, כי כאשר מתקיים הליך גישור בין הצדדים, בחסות בית המשפט, קיימת חשיבות יתירה לכיבודו של הסדר הטיעון, ולא היה מקום לסטות ממנו. במקרה דנן, לאור גילו הצעיר של המערער 1, תשלום הפיצויים יהווה נטל על הוריו, שהם עצמם סובלים ממצב כלכלי קשה ומתקשים לחיות בכבוד.

לאור האמור, התבקשנו להקל ברכיב המאסר שבגזר הדין ולבטל לחלוטין את החיוב בפיצויים.

12. עו"ד אבי כהן, בא כוחו של המערער 2, טען אף הוא כי שגה בית משפט קמא שעה שהשית על המערער 2 "את הרף המקסימלי לו עתרה המשיבה", בעוד שהיה מקום ליתן משקל רב יותר להודייתו של המערער, אשר ייתרה את שמיעת עדותה של המתלוננת. עוד נטען, כי בית משפט קמא התעלם מהעובדה כי אדם נוסף ביצע את העבירה שיוחסה למערערים, והוא יצא פטור בלא כלום. מאחר שהמערער 2 עבר את גיל הקטניות הוא נאלץ לרצות את עונשו בבית סוהר לבגירים, ששם הוא חשוף להשפעות שליליות, העלולות להטמיע בו נורמות עברייניות. עו"ד כהן אף הפנה לנסיבותיו האישיות והמשפחתיות הקשות של המערער 2. אשר לנושא הפיצויים, חזר עו"ד כהן וטען כי לא היה מקום לסטות מהסדר הטיעון, לאור הגישה העקרונית לפיה יש לעודד הסדרי טיעון, ולצמצם את הסטייה מהם למקרים חריגים ביותר, שאינם מתקיימים במקרה דנן. עוד נטען, כי כוחו של הסדר הטיעון חזק יותר, כאשר הוא נכרת בשיתוף ומעורבות בית המשפט במסגרת הליך גישור, ולא במשא ומתן ישיר בין הצדדים. עו"ד כהן הוסיף וטען, כי הובהר למערערים כי "בהסכמת המשיבה לא יוטל [עליהם] פיצוי". בנסיבות אלה, ולמרות מצוקתה של המתלוננת, לא היה מקום לסטות מהסדר הטיעון, ויש להורות על ביטולו של רכיב הפיצוי.

הדין בערעור

13. במהלך הדיון בערעור חזרו באי כוח המערערים על טיעוניהם העיקריים, תוך התמקדות בנושא הפיצויים. נטען, כי כאשר מדובר בהסדר טיעון שהושג במסגרת הליך גישור שיפוטי, יהיה מקום לסטות מההסדר במקרים קיצוניים בלבד, שכן מידת ההסתמכות על האמור בהסכם היא הגבוהה ביותר "עד כדי וודאות". עוד נטען, כי לא היה מקום להטיל על המערערים עונש מאסר בהתאם לרף העליון שאותו ביקשה המשיבה, וזאת לאור קטינותם של המערערים במועד ביצוע העבירה; נסיבות חייהם הקשות; ומצבן הסוציו-אקונומי של משפחותיהם.

14. המשיבה, אשר יוצגה על-ידי עו"ד ארז בן-ארויה, התבקשה על ידינו להתייחס, בראש ובראשונה, לפסיקת הפיצויים, למרות הימנעותה של המשיבה מלבקש הטלת רכיב של פיצויים. עו"ד בן-ארויה אישר, כי במסגרת המגעים שהתנהלו בהליך הגישור, הסכימה המשיבה להימנע מלבקש פיצויים למתלוננת. למרות עמדתה זו של המשיבה, הודיע בית משפט קמא לצדדים, עובר למתן גזר הדין, כי הוא שוקל לחייב את המערערים בפיצויים וביקש את התייחסותם לאפשרות זו. בתגובה, הודיעה המשיבה כי היא אינה עומדת על הטלת פיצויים, בהתאם להסכמות שהתגבשו בין הצדדים.

במהלך הדיון בערעור, ובעקבות החלטתו של בית משפט קמא לחייב את המערערים בתשלום פיצויים למתלוננת בסך 30,000 ₪ כל אחד, לא שמענו מפי בא-כוח המשיבה עמדה ברורה באשר לחיוב זה. כל שנאמר על-ידי עו"ד בן-ארויה הוא כי לא נפל משגה בגזר דינו של בית משפט קמא. עם זאת, הוגש לעיוננו מכתב שכתבה המתלוננת שבו היא מתארת את הסבל הרב שהוא מנת חלקה מאז אירוע האונס, והיא עומדת על כך שהפיצויים שנפסקו לטובתה לא יבוטלו.

אשר לעונשי המאסר, טען עו"ד בן-ארויה כי בית משפט קמא הביע את דעתו כי העונש "הראוי" שהוצע על-ידי המשיבה אינו הולם את חומרת העבירה ומידת הנזק שנגרם למתלוננת, אך החליט שלא לסטות מהרף העליון שנקבע בהסדר הטיעון. בנסיבות אלה, סבור עו"ד בן-ארויה כי אין מקום להקל בתקופת המאסר שהושתה על המערערים.

תסקירים משלימים

15. לקראת הדיון בערעור, הוגשו על-ידי שירות המבחן לנוער תסקירים משלימים אודות המערערים. בתסקיר בעניינו של המערער 1, צוין כי הוא מרצה את עונשו בכלא "אופק", כאשר רק לאחרונה הוא החל להסתגל לשהייתו בכלא. עוד נאמר בתסקיר, כי המערער 1 לא שיתף פעולה עם שירות המבחן לנוער לאורך שנים, כאשר במרבית הפגישות שנערכו עמו בכלא, בתקופת מאסרו הנוכחי, "התייחסותו הייתה לאקונית ומזלזלת". הוא עדיין מתקשה לקבל אחריות על העבירה שביצע, ואף "ביטא זלזול וכעס כלפי המתלוננת ונטה להעביר לה את מרבית האחריות על המעשים ועל מצבו". למרות שמסתמנת תחילת הבנה מצידו של המערער לגבי מצבו ולגבי הצורך לערוך שינוי בחייו ובהתנהלותו הכללית, עדיין קיימים גורמי סיכון משמעותיים במצבו, בשל: יכולתו הנמוכה לקבל אחריות; התייחסות המשפחה לעבירה והתכחשותם לאחריותו; ונושא השימוש באלכוהול, שאינו מקבל כל מענה טיפולי בכלא.

16. בתסקיר המשלים בעניינו של המערער 2 דווח, כי הוא מרצה את עונשו ביחד עם אסירים בגירים בכלא "איילון". המערער 2 הסתגל בצורה תקינה לשהותו בכלא והוא מקיים קשר רציף עם משפחתו, וממשיך בלימודים באגף החינוך, להשלמת 12 שנות לימוד. המערער 2 שוהה באגף טיפולי בכלא המתמקד בתחום ההתמכרויות, ונמסר בתסקיר כי המערער 2 מכיר בקיומה של בעיה בתחום



זה, ומודה בשימוש בעבר בסמים ובאלכוהול. אשר לקבלת אחריות על מעשיו, נאמר בתסקיר כי מסתמנת מגמת שינוי בהתייחסותו לנפגעת העבירה "אך עדיין ניכר קושי בקבלת האחריות למעשיו ונטייה לתלות מרבית האשם בשתיית אלכוהול". המערער 2 אינו משולב בטיפול בתחום ההתנהגות המינית הפוגעת, שכן תפיסותיו מאופיינות, עדיין, בטעויות חשיבה המקשות עליו לקבל אחריות על מעשיו. עם זאת, צוין בתסקיר כי בניגוד למערער 1, המערער 2 זוכה לתמיכה ממשפחתו, אשר מגנה את העבירה שביצע. כמו כן, ניתן, כאמור, טיפול בנושא התמכרויותיו של המערער 2, והוא עושה מאמצים להשלים את לימודיו באגף החינוך בכלא.

דיון והכרעה

17. שעה שמדובר בערעור על חומרת העונש, יש להזכיר את הכלל המושרש בפסיקתו של בית משפט זה, לפיו ערכאת הערעור לא תיטה להתערב במידת העונש שהוטל על-ידי הערכאה הדיונית, אלא אם מדובר בסטייה קיצונית ממדיניות הענישה המקובלת במקרים דומים, או כאשר נפלה בגזר הדין טעות מהותית (ע"פ 5323/12 אבו ליל נ' מדינת ישראל (17.6.2014); ע"פ 7702/10 כהן נ' מדינת ישראל (29.5.2014); ע"פ 2358/14 טופז נ' מדינת ישראל (21.5.2014)).

18. בהיותם של שני המערערים קטינים במועד ביצוע העבירה, הגם שהמערער 2 בגר בינתיים, מן הראוי להתייחס בקצרה לשיקולי הענישה בעניינם של קטינים. כפי שנקבע בע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני (8.3.2009):

"מערכת השיקולים שיש להפעיל בעת גזירת עונשו של קטין היא שונה וייחודית מזו שיש להפעיל ביחס לעבריין בגיר, כאשר ההתייחסות השונה נגזרת מהוראותיו של חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971 ... כך, בעת גזירת עונשו של קטין, אף אם הורשע בעבירות קשות וחמורות במיוחד, שומה על בית המשפט ליתן משקל יתר לשיקולים אינדיבידואליים הנוגעים לאותו הקטין ולאזן בין שיקולי השיקום לשיקולי ההרתעה" (שם, בפסקה 6, וראו גם, ע"פ 5048/49 פלוני נ' מדינת ישראל (14.2.2010); ע"פ 556/12 מדינת ישראל נ' אבו סמינה (11.3.2012)).

אכן, נקבע בפסיקתו של בית משפט זה, כי מטרתו העיקרית של בית משפט לנוער, בבואו לגזור את דינו של קטין, היא המטרה השיקומית, שכן קיים אינטרס ציבורי ראשון במעלה לפעול לשיקומו של הקטין ולהחזירו למוטב. עם זאת, נפסק לא אחת, כי קטינות אינה מעניקה חסינות מפני ענישה ראויה, לרבות בכליאה ממשית, כשמדובר במי שביצע פשע חמור. זאת שכן, הצורך להגן על הציבור מפני עבריינים אלימים, לרבות מי שמבצעים עבירות מין קשות, חל גם כאשר מבצע הפשע הינו קטין (ע"פ 2681/05 מדינת ישראל נ' פלוני (17.1.2008); ע"פ 8164/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(3) 477 (2003)).

19. כאשר בעבירות מין עסקינן, ניתן למצוא קשת רחבה של ענישה, ככל שמדובר בקטינים, הנעה משירות לתועלת הציבור ועד שנות מאסר ארוכות. הפסיקה מצביעה על מספר גורמים ושיקולים אשר ראוי כי יעמדו לנגד עיניו של בית המשפט לנוער, בבואו לקבוע את אופי הענישה אשר תוטל על עבריין מין קטין (כמו גם על מבצעי פשעים אחרים), ובין היתר, מדובר בשיקולים אלה: גילו של העבריין הקטין בעת ביצוע העבירה, שכן אין דומה עניינו של קטין שביצע את העבירה על סף הבגירות לקטין צעיר הרבה יותר; בשאלה, האם מביע הקטין חרטה כנה על ביצוע העבירה, והאם הוא נוטל אחריות על מעשיו; עברו הפלילי של העבריין הקטין;



חומרת המעשים המיוחסים לו; וכמובן – סיכויי שיקומו של הקטין (ראו, מבין רבים, ע"פ 10292/06 פלוני נ' מדינת ישראל (8.4.2008); ע"פ 2502/06 פלוני נ' מדינת ישראל (6.7.2006); ע"פ 1631/07 פלוני נ' מדינת ישראל (13.6.2007); ע"פ 3615/07 פלוני נ' מדינת ישראל (5.6.2007)).

20. נחזור לערעור שלפנינו, ככל שהדבר נוגע לעונש המאסר שהושת על המערערים. שני המערערים ביצעו עבירת אינוס בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 345(ב)(5) ביחד עם סעיף 29(ב) לחוק העונשין, שעונשה הוא 20 שנות מאסר.

המדובר בעבירה קשה ואכזרית במיוחד, כאשר המערערים ואדם נוסף תקפו את המתלוננת הצעירה ואנסו אותה, בזה אחר זה, תוך שימוש בכוח, מבלי לשעות לבכיה ולתחנוניה, ומבלי לגלות שמץ של חמלה ורחמים כלפיה. המתלוננת ניסתה למלט את עצמה מידיהם של המערערים והאחר, אך השלושה דלקו אחריה והמשיכו לבצע בה את מעשיהם הנפשעים, לשם סיפוק יצריהם המיניים המעוותים. בשלב האחרון "המצמרר", כלשונם של בית משפט קמא, נמלטה המתלוננת אל כביש סמוך כשלגופה חזיה וגופייה בלבד, כאשר המערערים וחברם רודפים אחריה, וזאת תוך סיכון חייה, בשל האפשרות כי תיפגע מכלי רכב חולפים. תיאור האונס בחבורה, מעמיד את המעשה ברף חומרה גבוה ביותר, דבר אשר צריך למצוא את ביטוי בענישתם של המבצעים.

הנזק שנגרם למתלוננת הינו כבד מנשוא, והיא עודנה שרויה במשבר נפשי קשה ביותר. היא מסתגרת בביתה ואינה מסוגלת לחזור לחיי שגרה. כעולה ממכתבה של המתלוננת אשר הוגש לעיונו, איבדה המתלוננת את האמון בבני אדם, היא סובלת מסיוטים קשים, ואינה מצליחה להירדם. המתלוננת טופלה, בתקופה שלאחר האונס, על-ידי פסיכיאטר, וכיום היא מטופלת על-ידי עובדת סוציאלית במקום מגוריה.

לשני המערערים עבר פלילי, והם מוכרים מזה שנים אחדות לשירות המבחן לנוער, והם אף ריצו עונשי מאסר לתקופה של מספר חודשים. השניים אינם מקבלים אחריות מלאה על מעשיהם, והם ממזערים את חומרת המעשים; כמו כן, המערערים אינם מביעים כל אמפטיה לסבלה של המתלוננת. אשר להיבט השיקומי, קיים הבדל מסוים בין שני המערערים, כאשר המערער 1 אינו משולב בכל תהליך טיפולי, ואילו המערער 2 השתלב בתהליך טיפולי הנוגע להתמכרותו לסמים ואלכוהול. עם זאת, שני המערערים אינם זוכים לטיפול ייעודי לעברייני מין, בשל העובדה כי הם אינם מכירים באחריותם לביצוע האונס, ומשליכים את המעשה על גורמים חיצוניים (על המתלוננת עצמה, או על היותם שתויים בעת שביצעו את האונס).

בנסיבות אלה, נראה כי העונשים שהושתו על המערערים, כל אחד על פי חלקו ונסיבותיו, לא זו בלבד שאין בהם כל חומרה מיוחדת, אלא שיש בעונש "הראוי" שהתבקש על-ידי המשיבה, במסגרת הסדר הטיעון, כדי להקל עד מאד עמם.

יש צדק רב בדברי בית משפט קמא לפיהם, אלמלא הסדר הטיעון, "הרי העונש שראוי היה להטיל על כל אחד משני [המערערים], חרף קטינותו, היה חמור בהרבה מהעונש הראוי שהוצע על-ידי המאשימה". יצוין, כי בסוג זה של מעשים, כאשר העבירות בוצעו על-ידי בגירים, לרוב ללא עבר פלילי, הוטלו עונשים דו ספרתיים על העבריינים (ראו, למשל, ע"פ 1385/06 פלוני נ' מדינת ישראל (6.4.2009); ע"פ 6614/07 הינדווי נ' מדינת ישראל (6.7.2009); ע"פ 2832/14 בינסטוק נ' מדינת ישראל (20.7.2015)).



לבסוף, לא למותר הוא להזכיר כי ענישתם של המערערים נעשתה במסגרת "הסדר טווח", היינו הסדר שבו נקבע רף הענישה המירבי אותו תבקש המאשימה, עם או בלי רף תחתון. כפי שנקבע בע"פ 2364/12 קטינה נ' מדינת ישראל (17.5.2012); "בית המשפט נוטה שלא להתערב בעונש שהושת על מערער כאשר העונש שנגזר על ידי הערכאה הדיונית אינו חורג ממתחם הענישה עליו הסכימו הצדדים במסגרת הסדר טיעון" (וראו גם, ע"פ 6449/10 חן נ' מדינת ישראל (29.5.2011); ופסק דיני בע"פ 3659/13 פלוני נ' מדינת ישראל (24.3.2014), והפסיקה המאוזכרת שם). אין ספק כי במסגרת הסדר הטיעון, הכולל תקרת עונש שאינה עומדת על הצד הגבוה, כבר קיבלו המערערים "תמורה" משמעותית, ועל כן, כאשר בית המשפט החליט לגזור את עונשם בתוך הטווח המוסכם, גם אם ברף העליון שלו, הרי שקיומו של ההסדר מגביל, עד מאד, את כוח הסתייגותם של המערערים מן התוצאה העונשית.

סוף דבר, אציע לחבריי לדחות את הערעור ככל שהוא נוגע לעונש המאסר שהושת על המערערים.

21. ומכאן לנושא החיוב בפיצויים. אין חולק כי כחלק מהסדר הטיעון שנכרת בין המערערים למשיבה, לאחר הליך גישור שנעשה במסגרת בית המשפט, הסכימה המשיבה להימנע מלבקש פיצויים לטובת המתלוננת. בית משפט קמא החליט לסטות מהסדר זה משני טעמים עיקריים: האחד, נעוץ בחומרת המעשים ובנזק הרב שנגרם למתלוננת; והאחר, עניינו בעונשי המאסר הקלים יחסית שהוטלו על המערערים, שבית משפט קמא ראה עצמו "נאלץ" להסתפק בהם "עקב כיבוד הסדר הטיעון".

נטען בפנינו על-ידי באי כוח המערערים, כי בהתאם להלכות שנקבעו על-ידי בית משפט זה בנוגע להסדרי טיעון, לא היה מקום לחייב את המערערים בפיצויים, והדברים נאמרים ביתר שאת שעה שההסדר הושג במסגרת הליך גישור שיפוטי.

כידוע הוא, כי מוסד הסדרי הטיעון לא זכה (עדיין) לעיגון חקיקתי, אך כפי שנקבע בבג"ץ 3036/10 נגר נ' פרקליטות המדינה (17.8.2006) "כיום, בתי המשפט כבר אינם מתייחסים למוסד הסדרי הטיעון 'כהכרח לא יגונה' אלא מכירים בחשיבותו ובתרומתו" (שם, בפסקה 31, וראו גם, ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577 (2002); בג"ץ 5699/07 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (26.2.2008)).

נקבע, לא אחת, כי השיקול המרכזי שצריך להנחות את הפרקליטות, בבואה להתקשר בהסדר טיעון, הינו השמירה על האינטרס הציבורי. במסגרת זו, על הפרקליטות לערוך איזון ראוי בין מידת ההקלה שלה יזכה הנאשם במסגרת ההסדר, לבין התועלת הציבורית שתצמח מאותו הסדר. בין יתר השיקולים הרלבנטיים, ניתן לשקול את סיכויי ההרשעה; כמו גם, קיומם של קשיים ראייתיים הנובעים מניהולו של ההליך המשפטי, בשל ריבוי עדים, או הצורך בהעדת נפגעי עבירה, ובעיקר קורבנות לתקיפה מינית. ואולם, וכפי שהובהר ברע"פ 2806/05 דין נ' מדינת ישראל (20.12.2005), בית המשפט אינו צד להסכם, שהינו תוצאה של משא ומתן בין הפרקליטות לבין הנאשם ובאי כוחו, ואינו מחויב לו. לפיכך, במקרים, שיהיו מן הסתם מועטים למדי, גם כאשר הנחת המוצא היא כי התביעה פעלה בתום לב, רשאי בית המשפט לדחות את הסדר הטיעון, כאשר לדעתו נפל פגם משמעותי בשיקול דעתה של התביעה. בע"פ 351/07 פלוני נ' מדינת ישראל (6.6.2007), עמד השופט ע' פוגלמן על השיקולים שעל בית משפט לשקול, כאשר הוא נדרש לאשר הסדר טיעון. בין היתר, על בית המשפט לשאול את עצמו: מה היה העונש הראוי אלמלא הושג הסדר הטיעון, וכפועל יוצא מכך – מה מידת ההקלה שלה זכה הנאשם; מה מידת "הוויתור" מבחינתו של הנאשם, לנוכח סיכויי ההרשעה, אלמלא ההסדר; הצורך



לחסוך את עדותו של נפגע עבירה; האינטרס הציבורי שבהשגת הודייתו של הנאשם, לרבות קבלת אחריותו על מעשיו; אינטרס ההסתמכות של הנאשם, אשר הודה במסגרת הסדר טיעון, וויתר על זכותו לנהל את ההליך המשפטי, כסדרו וכהלכתו (וראו גם, ע"פ 2153/02 אידלברג נ' מדינת ישראל (7.12.2006)).

22. בענייננו, הסכימה המשיבה, במסגרת הסדר הטיעון, להימנע מדרישת פיצויים, כאשר הטעם העיקרי שהוצג על-ידה, נעוץ בקטיונות של המערערים ובחוסר יכולתם לעמוד בתשלום הפיצויים, וזאת גם לנוכח מצבם הכלכלי הרעוע של בני משפחותיהם.

אינני משוכנע כי שיקול זה עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי, שעניינו חיובם של עברייני מין בתשלום פיצויים לנפגעי תקיפה מינית, בלא קשר ליכולתם הכלכלית, כאשר המטרה העיקרית היא לאפשר לקורבן העבירה לממן את הטיפולים להם הוא נזקק. כפי שנקבע, לאחרונה, על-ידי חברי השופט ס' ג'ובראן בע"פ 1287/14 פלוני נ' מדינת ישראל (5.8.2015):

"הלכה היא כי יכולותיו הכלכליות של העברין אינן מהוות שיקול בקביעת שיעור הפיצוי, ואין בהיעדר יכולת כלכלית כדי להצדיק התערבות בשיעור הפיצוי שנקבע על ידי הערכאה הדינית ... רכיב הפיצוי הכספי הוא רכיב עונשי הנגזר בנוסף לרכיבי העונש האחרים, ותכליתו הענקת מזור לנפגע העבירה ולמשפחתו" (שם, בפסקה 20, וראו גם, ע"פ 9308/12 עיסא נ' מדינת ישראל (4.5.2015); ע"פ 329/13 סגונדו נ' מדינת ישראל (9.3.2014); ע"פ 4186/13 ע'נאים נ' מדינת ישראל (13.4.2015)).

בהינתן פסיקה זו, לא שוכנעתי כי היה מקום לויתורה של המשיבה על דרישת הפיצויים למתלוננת, ולא הובהר לנו אם "וויתור" זה נעשה בהסכמתה. לפחות בשלב הערעור, נראה כי המתלוננת עומדת על קבלת הפיצויים מהמערערים, בצינה כי הכספים שיתקבלו דרושים לה לצורך שיקומה.

בנסיבות אלה, התלבטתי, לא מעט, האם יש מקום לקבל את הערעור ולבטל את רכיב הפיצויים. לאחר בחינת הסוגיה על כל צדדיה, ולא בלי היסוס, החלטתי להמליץ לחברי לקבל את הערעור בעניין הפיצויים, ולבטל חלק זה של גזר הדין. הטעם העיקרי לכך נעוץ בעקרון ההסתמכות שלו טוענים המערערים, אשר מתחזק במידה משמעותית, לנוכח העובדה כי הסדר הטיעון הושג בחסותו של בית המשפט, במסגרת הליך של גישור. אכן, גם כאשר מדובר בהסכמות שהושגו במסגרת גישור שיפוטי, רשאי בית המשפט, הדן בתיק העיקרי, לסטות מההסדר מהטעמים החריגים שפורטו בפסיקה. ואולם, הנני סבור כי יש לתת משקל נוסף לעובדה כי ההסדר הושג בתיווכו (ולעיתים אף בעידודו) של שופט המטפל בגישורים פליליים, ועל כן אינטרס ההסתמכות והציפייה של הנאשם כי ההסדר יכובד, עומד על רף גבוה ביותר. לטעמי, יש צורך בנסיבות חריגות במיוחד על מנת לסטות מהסדר טיעון שהושג באופן זה, ולא יהיה די, ככלל, בנסיבות "הרגילות" המצדיקות סטייה מהסדר הטיעון.

ואם נחזור לענייננו, נראה בעיני כי במקרה דנן ספק אם היה מקום לחרוג מן ההסדר גם לעניין הפיצויים, למרות שניתן להתייחס בביקורתיות מסוימת להחלטת המשיבה "לוותר" על רכיב זה. זאת, כאמור, בשל העובדה כי ההסדר הושג במסגרת גישור שיפוטי, ולא מצאתי כי במקרה זה קיימות נסיבות חריגות במיוחד, המצדיקות סטייה מההסדר.



למותר הוא לציין כי זכויותיה של המתלוננת לתבוע את נזקיה כתוצאה ממעשיהם של המערערים, שמורות לה.

23. לסיכום, אציע לחבריי לדחות את הערעור לעניין עונש המאסר שהושת על המערערים, ולקבלו, ככל שהדבר נוגע לרכיב הפיצויים שבגזר הדין, אותו אציע לבטל.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שהם.

ניתן היום, כ"ה באב התשע"ה (10.8.2015).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

54678313 ש ו פ ט

